

# 编者说明

摇摇

本书是已故著名法学家王伯琦先生(1898-1975)两部著作的合集,以上、下部形式重排刊行。上部是1937年出版的《近代法律思潮与中国固有文化》,下部为王启中先生辑录的乃父散篇遗作,曾以《王伯琦法学论著集》为名,于1985年刊行。此次蒙允收入“汉语法学文丛”,在中国内地出版,是王先生的著作于尘封近半个世纪后回归故里,堪为象征。

王伯琦先生早年留学法国,获法学博士学位。回国后先后服务于政务与学术,而以法学教育为主,于台湾大学法学院教职上,英年早逝。一生主治民事法学,兼及法理学,有多部作品行世。其人其学,反映了中西交汇时代中国法学公民的独立思考,其思其虑,是20世纪中国法学的重要遗产,而王先生的个人遭际与毕生追求,一如同时代的诸多中国法学知识分子,更是20世纪中国波澜壮阔的时代大潮的缩影。因此,出版王先生的遗作,不仅利在沾溉华夏后学,更旨在表彰汉语文明法学,期于学术积累和思想传承的劳心劳力中,建设中国文明的法律智慧。

文集的编印获王启中先生和原出版社授权,翟智勇、张世泰、周林刚和刘丹诸同学帮助校对。翟智勇同学协调编务,所劳尤巨;屠凯同学不辞辛劳,编制索引;责任编辑方洁女士任劳任怨,巨细萦心,保证了出版质量。凡此情意,感铭于怀,谨此鸣谢!

许章润

2019年 远月

于清华明理楼

# 王伯琦先生生平

摇摇

王故教授伯琦先生，江苏宜兴人，生于 1895 年，卒于 1975 年。

先生幼年就读于家乡养初小学，父亲经年供职在外（先生尊翁王辛南先生精通英、俄文，时在东北工作），祖父母宠爱异常，虽极聪敏，甚爱玩耍，功课只是平平。直至就读上海民立中学时，得良师益友之激励，始发愤努力，终日埋首苦读，甚至废寝忘食，常是班上第一二名。如此数年，奠定良好学业基础，更对读书发生浓厚兴趣。

入大学时，因感我国急需法律人才，乃报考以法科著称之东吴大学。1917 年毕业，是年夏即赴法国留学。岂料抵法甫三天，即发生日军入侵沈阳之“九一八”事变。先生之尊翁自东北南归，筹措长子留学费用顿见困难。先生之姑母王祖蕴为我国早年留学德国获博士学位第一位女土木工程师。当年留学时曾受三兄辛南先生之资助与鼓励，此时见伯琦先生为可造之才，慷慨给予经济援助，使先生能顺利完成学业。先生在法数年，刻苦努力，获法国巴黎大学法学博士学位，于 1921 年返国。

先生归国后任职浙江省政府视察，办事明敏果断，负责任劳，公正无私，深得长官朱家骅先生之器重。抗战开始，江浙危急，先生转徙重庆，任职军事委员会参事室，1938 年应聘为昆明国立云南大学教授，1939 年兼法律系主任，并同时执行律师业务。抗战胜利，朱家骅先生，时掌教育部，一再促返南京，始东旋任教育部参事。此时大陆情势逆转，先生随教育部迁广州，复在中山大学任教。1946 年来台后曾一度任司法行政部参事。但先生志在学术工作，终觉为教育服务最为适宜。因此于 1948 年恳辞司法行政部职务，仍回教书岗位，专任国立台湾大学法律系教授，并兼任母校东吴大学教职。此后数年，得偿宿愿，过其恬静单纯生活，潜心教育，致力著作。

先生治学态度极为严谨，欲求寻根究底，其著作理论渊博深厚，概念清晰透彻，而文字深入浅出。先生除专攻民法外，晚年对于法律哲

学之研究尤为着力。所发表之专论,语重心长、哲理渊深。先生执教,对学生更是循循善诱,极其认真,反复例证,析理精审,务期了解而后已。故其讲课深受学生欢迎,非本班之学生亦争相旁听,因而学生提早到教室“占位子”成为先生授课时之特殊现象。

先生性刚直,律己以严,但待人宽厚,处世谦和。惟体质素弱,留法返国后不久即染肺疾,时病时愈,常常抱病从公。1951年猿月,先生宿疾复发,猝逝于台大医院急诊室。享年仅 缘岁。

先生之夫人储隐然女士贤慧勤俭。先生去世后独力执家,教育儿女,于 1953年在台逝世。先生遗二子二女,现居美国,长女王启中,学习法律,1954年至 1956年曾在台从事国际商务法律工作。

先生之著作:《民法总则》、《民法债篇总论》、《民法概要》、《民刑法概要》、《近代法律思潮与中国固有文化》、《权利相对论》等。

王启中



# 目录

编者说明 .....	许章润 (员)
王伯琦先生生平 .....	王启中 (猿)

## 上部 近代法律思潮与中国固有文化

序言 .....	(猿)
儒法二家争辩问题的本质 .....	(愿)
清末法制变革的特质 .....	(圆)
西洋近代法律思想的趋势 .....	(猿)
社会本位法制与传统道德观念 .....	(愿)
社会本位法律的本质 .....	(缘)
超前立法的出路 .....	(苑)
司法职务立法化与传统德治观念 .....	(苑)
古代德治盛行的原因 .....	(愿)
吾国法学的衰微 .....	(怨)
科学与艺术的调和 .....	(员)


## 下部 单篇论著选集

代序 .....	王启中 (员)
法律哲学与法理学 .....	(员)
摇摇一、法律哲学的兴衰 .....	(员)

摇摇二、法理学名称的由来 .....	( 员源)
摇摇三、研究法律哲学的二种不同的方法 .....	( 员源)
法学：科学乎？艺术乎？ .....	( 员源)
摇摇一、小引 .....	( 员源)
摇摇二、科学与艺术的不同 .....	( 员源)
摇摇三、法学的科学性 .....	( 员源)
摇摇四、法学的艺术性 .....	( 员源)
摇摇五、尾言 .....	( 员源)
论概念法学 .....	( 员源)
摇摇一、概念法学的由来 .....	( 员源)
摇摇二、概念逻辑在法学上的地位 .....	( 员源)
摇摇三、概念逻辑的滥用 .....	( 员源)
摇摇四、概念法学在吾国 .....	( 员源)
自然法之复兴与概念逻辑	
摇摇——兼论私法的解释及法源 .....	( 员源)
摇摇一、引言 .....	( 员源)
摇摇二、传统的解释方法及法源 .....	( 员源)
摇摇三、传统方法的批判 .....	( 员源)
法治与德治 .....	( 员源)
摇摇一、德治与法治的真谛 .....	( 员源)
摇摇二、法治与德治矛盾的原因 .....	( 员源)
摇摇三、古代德治盛行的原因 .....	( 员源)
摇摇四、结论 .....	( 员源)
从义务本位到社会本位 .....	( 员源)
摇摇一、个人成为一个独立的单位 .....	( 员源)
摇摇二、法律与道德，民事与刑事 .....	( 员源)
摇摇三、中西文化的沟通 .....	( 员源)
狄骥的实证主义 .....	( 员源)
摇摇一、引言 .....	( 员源)
摇摇二、社会连带说 .....	( 员源)

摇摇三、权利否认说 .....	( 圆缘 )
摇摇四、结论 .....	( 圆缘 )
惹尼的解释成文法 .....	( 圆缘 )
摇摇一、引言 .....	( 圆元 )
摇摇二、立法原意的尊崇 .....	( 圆苑 )
摇摇三、如何探求立法原意 .....	( 圆猿 )
摇摇四、惹尼对于德奥自由法说的批判 .....	( 圆苑 )
摇摇五、成文法在我国传统思想上所处的地位 .....	( 圆愿 )
习惯在法律上地位的演变 .....	( 圆苑 )
摇摇一、引言 .....	( 圆苑 )
摇摇二、西洋古代法上的习惯法 .....	( 圆苑 )
摇摇三、中国古代法上的习惯法 .....	( 圆苑 )
摇摇四、近代以来的习惯法 .....	( 猿猿 )
摇摇五、吾国“民法”上有关习惯的几个问题 .....	( 猿苑 )
判例与学说 .....	( 猿源 )
法律上实务与学说的距离 .....	( 猿苑 )
摇摇一、实务与学说发生距离的原因 .....	( 猿苑 )
摇摇二、各种实务与学说间距离程度的不同 .....	( 猿猿 )
摇摇三、我国情形的检讨 .....	( 猿苑 )
论自然债务	
摇摇 —— 吾国“民法”上自然债务体系之试拟 .....	( 猿苑 )
摇摇一、自然债务之概念 .....	( 猿源 )
摇摇二、自然债务之起源 .....	( 猿猿 )
摇摇三、自然债务之本质 .....	( 猿源 )
摇摇四、自然债务之效力 .....	( 猿愿 )
摇摇五、自然债务之适用事例 .....	( 猿源 )
摇摇六、结语 .....	( 猿苑 )
法律行为之无效与不成立 .....	( 猿愿 )
摇摇一、各国立法上之混淆 .....	( 猿愿 )
摇摇二、“不成立”概念之历史 .....	( 猿苑 )

摇摇三、进一步之论辩 .....	(猿猿)
契约责任与侵权责任之竞合 .....	(猿猿)
摇摇一、引言 .....	(猿)
摇摇二、主张侵权责任或债务不履行责任之实益 .....	(猿)
摇摇三、债务不履行责任之范围 .....	(猿)
摇摇四、学说之探讨 .....	(猿)
摇摇五、结论 .....	(猿)
法律行为之标的及目的 .....	(猿)
摇摇一、标的与目的 .....	(猿)
摇摇二、吾国之情形 .....	(猿)
摇摇三、动机与目的 .....	(猿)
摇摇四、结语 .....	(猿)
权利之滥用 .....	(猿)
摇摇一、不法行为 .....	(猿)
摇摇二、过分行为 .....	(猿)
摇摇三、妄滥行为 .....	(猿)
中国法治的前途 .....	(猿)
摇摇一、法治的意义 .....	(猿)
摇摇二、德治与法治 .....	(猿)
当今中国法律二大问题的提出 .....	(猿)
摇摇一、西洋法律的进化 .....	(猿)
摇摇二、吾国法律在近代的变革 .....	(猿)
摇摇三、法律与道德 .....	(猿)
摇摇四、法马德牛并驱 .....	(猿)
司法官的进德修业 .....	(猿)
索引 .....	(猿)
参考文献 .....	(猿)



## 上部 摇近代法律思潮与中国固有文化

---

序言

儒法二家争辩问题的本质

清末法制变革的特质

西洋近代法律思想的趋势

社会本位法制与传统道德观念

社会本位法律的本质

超前立法的出路

司法职务立法化与传统德治观念

古代德治盛行的原因

吾国法学的衰微

科学与艺术的调和

## 序言



摇摇西洋近代文明 ,发轫于文艺复兴 ,茁  
长于十七八世纪 ,而成熟于 19 世纪。这  
是人类文化史上一个突飞猛进的时代。  
吾国文化在历史上虽不无受到异族文化  
的影响 ,但在本质上始终一脉相承 ,未  
有多大变化。尤其在法律方面 ,自唐律  
以后 ,代代相陈 ,绝少变更。明末清初  
 ,西洋文化开始大量地输入中土 ,“朝  
野之士 ,蒸蒸向化 ,肩背相望”。不期  
在雍正元年 (1723 年)一纸禁教之诏  
 ,就把中西文化交配 的初苗斩断了。这  
正是 18 世纪之初 ,自然法思想极盛之  
时 ,西洋现代法律科学 ,正在长成阶  
段 ,而吾国未能稍受沾濡。从 1840  
年鸦片战争结束之后 ,东西关系又复  
开始接触 ,但那时一般人所仰慕

的,是西方的兵工文化,直到“庚子之乱”之后,朝廷上下,方才明了西方之富强,不全在坚甲利兵,在法政制度方面,实有其更重要的原因。于是乃有光绪二十八年(1902年)四月初六日的上谕,派沈家本、伍廷芳为修律大臣,而于光绪三十年(1904年)四月初一日成立修订法律馆,开始采纳西洋的法律制度。不过这已是19世纪之初,西洋法律已经过了悠久的生长成熟时期,而又在开始蜕变了。所以我们所接触到的西洋法制,已是经过茁长成熟后而又在回芽的新法制。这一新趋势,正是对于19世纪严格法的反动,法律又一度地在道德化、机械逻辑的所谓概念法学,一般地被厌弃。这在外表上看来,恰恰和我们法律与道德素来不分及传统的德治观念相契合。因此,自国民政府成立于南京后,整套的西洋最新立法,很顺利地就移植进来,行之几近10年,似乎未曾觉其有所扞格。西洋的法律制度在中国生根了吗?我们的法律观念与西洋19世纪的新思潮接轨了吗?据我个人观察,仍是有些貌合神离。惟其貌合,乃可不觉其神离,而惟其不觉其神离,往往沉湎于貌合。这是很危险的现象。

西洋19世纪以来的法律趋势,虽是换了一个方向,但并没有回头,纵使其回头,亦不会与我们的传统思想碰头。我们立法上所采纳的,全套是西洋的最新法律制度,而在大众意识上所了解的,一般地似乎仍是固有的而且是复古的礼教制度。其间相去不啻参商,但果然能不觉其间之有矛盾,其故安在?我们的诸大法典,全是在北伐后订立的。当时正当训政开始。国民党的权力达于高峰,三民主义的意识极浓。各项立法原则,均先经中央政治会议通过,所订法律,是以三民主义为最高准则,应无容疑。而时至今日,一面有人高呼厉行三民主义的法治,一面有人力倡恢复固有礼教的秩序。从立法的时间上讲,清末到北伐不到10年,但终已换了一个朝代。礼教制度的精华,在清末沈家本时代已受了一次打击。虽然仍是附加了《暂行章程》五条,到民国成立,亦就无疾而终。此

后除民国三年(1914年)袁世凯的《补充条例》再一度回光反照外,礼教制度问题从此已算解决。因此,北伐后的立法虽是整套的采自西洋,未曾遇到什么阻碍。到今天,我们的诸大法典,未曾有所变更,而且继续地在采纳西洋的最新立法,但大众的意识上,似乎要拉回到唐律以前去,其间的距离相去不可以道里计,果然亦能不觉其间之有矛盾,其故又安在?这些问题都是吾国法律上的大问题,牵涉的方面太广,我的学力有限,不敢说想作一个圆满的讨论。不过环顾各国,这种问题亦惟有在吾国遇到,似乎不可不有一个解答。我在这册子里,想作一个解答的尝试而已。

法律与道德,原有体与用的关系,如影随形,不可分离,其间的距离愈接近,社会愈安定,人民亦愈幸福。不过论法律的性质乃是一种保守力量,在正常情形,道德当然超前,法律总得落后些。所以法学家的努力,应当在如何使法律紧紧地追随着道德而不致脱节。但是,在我们中国的情形却不然。我们法律,采纳的无不是西洋最新立法例。其中所含的观念,对我们是一套簇新的道德观念,所以在我们的情形,法律与道德的地位是倒置了。这种超前立法的例子,固非吾国独创,无足多怪。不过问题仍在如何把它们之间的距离拉拢,更进一步,如何使其纳入正常的轨道。要做到这点,方法不外二种:或是使法律迁就道德,或是使道德追上法律。第一种方法已有些人在主张了,其中且有人认为:“近年来中国社会”渐渐由礼治转入法治,人与人相接时,不重礼而重法,人与鬼神间,人与大自然间,均失去其和通。“人忘记了习俗中应该有礼,以致人生无乐趣,社会无重心,而有些人更在蓄意破坏传统的礼乐,破坏历史的精神。所以我们今天正应当努力研究,如何复兴礼与乐。”照此说来,我们现在的社会所以无重心,人生所以无乐趣,甚至于有些人之所以如此猖獗,都是中国社会已渐渐由礼治转入法治的罪孽了!这几乎是要把现行“法制”整个推翻回复固有的礼教制度。我不敢想像这可能是一种意见。至于第二种方法,使道德追上法律,

严格说来,这并不要用什么方法,乃是必然之势。社会是进步的,决不可能原路回头。我们单从男女平等、大家族制度之逐渐解体这二点上看,已可窥见其趋势之一斑。我们的问题是在如何加速其实现而已。如何加速?从何下手?要解决这一问题,又不得不先明了现行法制,亦即近代的西洋法制,与我们的传统思想相差的到底是什么,在这相差点上能多致力弥补,法律与道德的距离,相信可以加速地缩短。在这方面,我在这小册里提出二点:一是独立人格观念的树立,一是逻辑体系的维护,亦即科学精神的养成。这二点是我们固有文化中所缺少的,亦正是现行法制与传统观念间的距离,再广泛些说,亦就是中西文化间的距离。

不过我要先声明一点,我的意思并不是要我们重走一趟西洋19世纪的旧路,这与上面所说有些人的看法,将是五十步与百步之间罢了。我们的固有文化中,尽有许多宝藏可以弥补西洋文化的缺憾,所以他们近来对汉学特别感觉兴趣,道德重振亦成为有力的运动。至于我们呢,我们是中国,我们并没有他们19世纪的历史,他们现在所缺少的,正是我们太多的,他们觉得太多的,正是我们缺少的。我提出的二点,仅是以今天的中国人讲中国话,希望互通有无而已,请读者不要误会。反之,我更无意故作新论以炫世。我提出的二点,独立人格与逻辑体系,乃是西洋一二百年前的旧观念,我国人讲到的亦很多,不过这是法学方面的专门问题,应当由学法的人来多谈,而事实上谈的人不多而已。我在这册子里所讲的,实是老生常谈,卑之无足高论,请读者原谅。

这本册子的写作,并未有预定的计划。“司法行政部”原约我写一本关于租赁问题的东西,贱躯多恙,迄未着手。此稿系去年暑期随兴而作,拉杂写来,初无以之问世之意。而今部方促稿甚急,勉以践约。论据有欠周密或不成章节之处,尚希读者教之谅之。

1934年 猿月 國缘日

## 儒法二家争辩问题的本质







